



Si bien el niño se encuentra residiendo en el Perú, habiendo seguramente logrado adaptarse con facilidad desde su llegada, sin embargo, este Colegiado no considera que producto de la demora en la tramitación del presente proceso, sea posible concluir que el niño se ha adaptado por completo a su nuevo domicilio y que por ende su alejamiento le generaría un grave riesgo de afectación física o psíquica, tampoco que al regresar a su residencia habitual esté el grave peligro de afectación física o psíquica, producto del alejamiento de su domicilio actual o de estar en contacto con su padre; además, tampoco puede ampararse que una situación ilegal se convierta en legal por el mero transcurso del tiempo, en tanto se ha contravenido el Convenio.

Es cierto que luego del tiempo de permanencia en el país, hay una correspondencia afectiva del niño hacia el lugar donde se encuentra y las personas que lo rodean, pero no es menos cierto, por máximas de la experiencia, que dada la edad del niño (09 años), su proceso de reincorporación a su residencia habitual será mucho más rápida y las posibles afectaciones naturales y temporales (no graves) que sufra podrán ser sanadas en breve tiempo sin mayor secuela; sin duda, la existencia del presente proceso y la restitución es de por sí un hecho dramático, más no cabe perder de vista que tal acto ha sido originado por la decisión unilateral e ilícita de la madre, quien rompió la residencia habitual y no tuvo en cuenta la voluntad del padre.

Resolución **TREINTA Y CUATRO**

Trujillo, veinte de setiembre Del  
año dos mil veintitrés. -

## **-SENTENCIA DE VISTA-**

En el proceso sobre restitución internacional del niño Y.A.M.G., interpuesto por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en representación de A.M.N (ciudadano español) contra S.K.G.G.; **la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad**, integrada por los Jueces Superiores: **Carlos Natividad Cruz Lezcano** (Presidente y Juez Superior Titular), **Juan Virgilio Chunga Bernal** (Ponente y Juez Superior Titular) y **Felipe Elio Pérez Cedamano** (Juez Superior Provisional); CON intervención de **Miriam Patricia Zevallos Echevarría** (Secretaria de Sala); en audiencia pública de vista de la causa, previa deliberación y votación, emiten la siguiente decisión:



I. **ASUNTO:**

Apelación<sup>1</sup> interpuesta por L.R.S.A contra la SENTENCIA contenida en la Resolución Judicial número DOCE, de fecha cuatro de noviembre del año dos mil diecinueve, obrante de fojas quinientos treinta y nueve a quinientos sesenta y uno, que resolvió:

"1.- Declarando INFUNDADA la demanda de folios doscientos veinte a doscientos treinta y nueve interpuesta por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en su calidad de autoridad central Peruana a través de sus abogados Cecilia Rita Alva Ruiz y Oscar Andrés Alva Arias en representación de A.M.N en contra de S.K.G.G., sobre Restitución Internacional al Reino de España del niño Y.A.M.G.; 2.- FUNDADA EN parte la demanda de folios doscientos veinte a doscientos treinta y nueve interpuesta por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en su calidad de autoridad central Peruana a través de sus abogados Cecilia Rita Alva Ruiz y Oscar Andrés Alva Arias en representación de A.M.N en contra de S.K.G.G., sobre la pretensión objetiva subordinada de Régimen de visitas Internacional a favor del niño Y.A.M.G. en consecuencia: FIJO un REGIMEN DE VISITAS a favor de don A.M.N para que visite a su hijo Y.A.M.G. de manera libre y amplia en esta ciudad de Trujillo-Perú, en las oportunidades que el padre del niño ingrese al país, el cual se efectivizará con externamiento para lo cual debe comunicar con antelación las oportunidades que ingresará al país para efectivizar el régimen de visitas siempre y cuando no se afecte el horario de estudios del niño y las actividades programadas con antelación; así mismo para efectos de mantener la comunicación y el vínculo paterno filial durante la ausencia del padre se comunicará con su hijo por whatsapp para lo cual la madre del niño brindará las facilidades del equipo así como coordinarán los horarios y el período de tiempo en que el padre se comunicará con su hijo atendiendo a sus actividades escolares y la diferencia de horario entre el País de España y el de Perú; 3.- INFUNDADA la pretensión objetiva subordinada de Régimen de visitas Internacional

<sup>1</sup> Folios 574-593.

contenida en la demanda de folios doscientos veinte a doscientos treinta y nueve en el extremo que solicita que el niño Y.A.M.G. sea llevado al Reino de España por un período de treinta días que se realizará durante las vacaciones escolares de verano del niño; 4.- En mérito a las recomendaciones formuladas, por la psicóloga Rosa Castro Contreras, ORDENO la orientación psicológica a ambos padres esto es a don A.M.N y a doña S.K.G.G. a fin de que garanticen el adecuado proceso de desarrollo y madurez de su hijo; en caso del padre del niño, debe acreditar antes de la efectivización del régimen de visitas en esta ciudad, que ha cumplido con el mandato judicial; en caso de la demandada se le concede EL PLAZO DE DIEZ días para que inicie su tratamiento apersonándose ante la psicóloga antes referida, bajo apercibimiento de imponérsele una multa del cincuenta por ciento la unidad de referencia procesal.- 5.- Debiendo TOMARSE razón y hacerse conocer a las autoridades centrales encargadas de la aplicación de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles sobre Restitución internacional de menores de la República del Perú y Reino de España y a la representante del Ministerio Público (...).”.

## II. ANTECEDENTES RELEVANTES:

### La demanda.

2.1. El Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en representación del ciudadano español A.M.N, presentó demanda<sup>2</sup> de restitución internacional del niño Y.A.M.G. contra S.K.G.G., postulando como pretensiones:

2.1.1. Pretensión principal: Restitución internacional al Reino de España del niño Y.A.M.G.

2.1.2. Pretensión subordinada: Régimen de visitas internacional a favor del niño

<sup>2</sup> Folios 220-239.



Y.A.M.G. para que pueda mantener contacto con su padre A.M.N.

**2.2.** Luego, en su fundamentación táctica desarrolló que:

**2.2.1.** A.M.N y S.K.G.G. tuvieron relación sentimental de convivencia desde el 2011.

Procrearon a Y.A.M.G., nacido el 16 de agosto del 2013 en Barcelona - España.

**2.2.2.** El 04 de febrero del 2015, A. y S. suscribieron convenio regulador de guarda y custodia, acordando la disolución de su relación sentimental, que ambos padres mantienen la patria potestad y responsabilidades parentales compartidas sobre el niño. En el convenio se determinó que la madre ejercería la guarda y custodia del niño hasta los 07 años de edad, correspondiéndole al padre un régimen de visitas amplio.

**2.2.3.** En el plan de parentabilidad se acordaron varios temas, entre ellos que debía consultarse e informarse las salidas al extranjero del niño y que cada progenitor deberá comunicar al otro con un preaviso mínimo de 30 días, su intención de cambiar de domicilio. Dicho convenio fue aprobado por juzgado de Barcelona.

**2.2.4.** El 03 de octubre del 2016, A. se dirigió a la escuela donde estudia su hijo en Barcelona para recogerlo (haciendo uso de su derecho de visita), dándose con la sorpresa que su hijo no había asistido desde el 30 de setiembre, siendo que, la tutora le indicó que S. no había

informado ni comunicado al colegio de esa situación; ante ello, intentó comunicarse con la madre, sin éxito.

- 2.2.5.** El 07 de octubre del 2016, A. acudió a la policía para denunciar tales hechos. Sus padres acudieron al domicilio de la madre de su hijo, no encontrando a nadie. Se sorprendió, porque su hijo con contaba con DNI ni pasaporte, además, en ningún momento firmó documento para tramitar ello. La amiga de la demandada indicó que S. se marchó a Perú.
- 2.2.6.** El 14 de noviembre del 2016 se confirma que el consulado peruano en Barcelona le había otorgado pasaporte peruano al niño para que viaje fuera de España y que el niño había obtenido DNI peruano.
- 2.2.7.** El 29 de marzo del 2017, A. presentó solicitud de régimen de visitas internacional del niño, sin embargo, la misma luego fue cambiada a restitución internacional.
- 2.2.8.** Mediante comunicación telefónica, la demandada indicó que cuenta con sentencia por violencia familiar en España y que no es posible el retorno voluntario del niño. Luego, presentó escrito sustentando su oposición al retorno de su hijo a España, donde indicó que: inició proceso de tenencia en Trujillo, no ha existido traslado ilícito y existen indicios de agresión sexual a su menor hijo.
- 2.2.9.** El ingreso del niño y su madre al Perú ocurrió el 29 de setiembre del 2016, permaneciendo ambos hasta la fecha en el país. En tal sentido,

debe determinarse si debe disponerse el retorno del niño Y.A.M.G. al país de España.

**La contestación.**

**2.3.** S.K.G.G. presentó escrito contestatario<sup>3</sup> solicitando que la demanda sea declarada infundada. Argumentó lo siguiente:

**2.3.1.** Sobre la pretensión principal de restitución internacional:

- a) El traslado del niño se ha dado en un contexto donde no se ha vulnerado el artículo 3 de la Convención sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, pues de acuerdo a sentencia N° 18/2015, ella ejerce la tenencia de su hijo hasta que tenga 07 años.
- b) Por sentencia N° 296/2.015 se condenó al demandante por el delito de maltrato de obra, imponiéndosele nueve meses de prisión y prohibición de acercarse a ella, lo que aunado a la sentencia N° 18/2015, significa que el demandante no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia al momento que el niño fue trasladado a Lima.
- c) Debe tenerse en cuenta el principio de interés superior del niño. Al no ostentar la guardia y custodia el demandante, debe aplicarse el artículo 13 literal a) del Convenio de Restitución; así como, aplicarse el literal b) de la norma antes mencionada, pues desprender al menor de su madre lo expone a grave peligro psíquico.

<sup>3</sup> Folios 261-268.

d) Es más, también existe grave peligro físico pues se condenó al demandante por maltrato y existen indicios de agresión sexual a su niño, siendo el principal sospechoso el demandante. El niño se encuentra en ambiente saludable y viene desarrollándose, máxime si se encuentra en compañía de su familia que coadyuvan a su desenvolvimiento.

**2.3.2.** Sobre la pretensión subordinada de régimen de visitas internacional: En caso se considere declarar fundada la misma, debe considerarse la imposibilidad del niño de viajar solo al extranjero.

**La sentencia apelada.**

**2.4.** La juzgadora de primera instancia emitió la sentencia apelada<sup>4</sup> declarando infundada la demanda sobre restitución internacional de menor, fundada en parte la demanda sobre régimen de visitas internacional, fijando régimen de visitas a favor del demandante para que visite a su hijo en Trujillo - Perú, infundada la pretensión de régimen de visitas internacional en el extremo que se solicita que el niño sea llevado a España, entre otros aspectos más.

**2.5.** Sus razones principales fueron las siguientes:

**2.5.1.** Respecto a la restitución internacional del niño:

a) De la sentencia N° 18-2015 se colige que la guarda y custodia del niño se ejercerá única y exclusivamente por la madre y se establece régimen de visitas amplio a favor del padre, hasta que el niño cumpla

<sup>4</sup> Folios 539-561.



07 años.

- b) De los medios probatorios analizados resulta de aplicación la excepción a la restitución de menores prevista en el artículo 13 literal
  - a) de la Convención de la Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores, pues existe exclusividad para que la tenencia del niño la ejerza su madre hasta los 07 años.
- c) Resulta aplicable también el artículo 13 literal b) de la citada Convención, pues el retorno al país de España implicaría exponer al niño a un grave peligro en su integridad física y psicológica ya que: tiene apego a su madre, se le expondría a revivir situaciones conflictivas de sus padres y a la fecha se ha adaptado al contexto familiar, social y cultural de esta ciudad.
- d) Más allá del derecho que pueda tener el padre de solicitar el retorno de su hijo al país de España, resulta más favorable el proteger el derecho que tiene el niño de vivir en un ambiente sano y equilibrado, en el cual pueda desarrollar de manera sostenida sus habilidades y capacidades.

**2.5.2.** Respecto al régimen de visitas internacional: i) El niño se identifica con su padre, correspondiendo priorizar el contacto de éstos, al no haberse acreditado que la presencia de la figura paterna constituya riesgo a la integridad física o psicológica del niño; y, ii) El padre podrá ver a su hijo en las oportunidades que ingrese al país, debiendo comunicar con anticipación y siempre que no altere su horario de estudios y otras





actividades, no resultando atendible amparar el régimen de visitas internacional, sino en el país.

### III. PRETENSIÓN, AGRAVIOS Y FUNDAMENTOS DE LA APELACIÓN:

A.M.N pretende la revocatoria de la sentencia apelada y que se declare fundada la demanda de restitución internacional, invocando como agravios y fundamentos los que se resumen a continuación:

#### **Sobre la no configuración de lo dispuesto en el artículo 13 literal a) del Convenio de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores:**

- 3.1. El juzgado señala que está acreditado que existe exclusividad para que la tenencia del niño la ejerza su madre hasta los 07 años y agrega que se configuraría la excepción del artículo 13 a) de la Convención.
- 3.2. Existe aplicación errónea, pues el suscrito sí ejerce el derecho de custodia del niño. A dicha conclusión se llega luego de realizar una correcta interpretación de los artículos 3 y 5 de la Convención: Residencia habitual del niño es su centro de vida; el traslado y retención ilícito del niño se produce si una persona lo traslada y retiene hacia y en otro país contraviniendo el derecho de custodia; el derecho de custodia se rige por el derecho extranjero que lo regula, siendo suficiente el régimen de visitas o incluso contacto de hecho.
- 3.3. El traslado y actual retención del niño por parte de la demandada es ilícito pues el niño tiene residencia habitual el Barcelona - España.

#### **Sobre la no configuración de lo dispuesto en el artículo 13 literal b) del Convenio**



**de 25 de octubre de 1980 sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores.**

- 3.4. La restitución del niño no es al hogar paterno sino al lugar donde tiene su centro de vida.
- 3.5. No existe alto riesgo de peligro, pues la probable ausencia de la demandada en España no es una situación que vaya a afectar o desestabilizar al niño, pues ello puede ser superado con ayuda psicológica en dicho país; por ende, sólo nos encontramos ante un temor lógico a una situación nueva para el niño.
- 3.6. Cuando la juez analizar el "apego" del niño con su madre, en realidad está "evaluando" un tema concerniente a la custodia, tal cual si fuera un proceso de tenencia.
- 3.7. Carece de sentido afirmar que la supuesta violencia ejercida por el suscrito contra la demandada, represente o constituya un riesgo para el niño.
- 3.8. La tardanza en la resolución del caso es únicamente imputable al órgano jurisdiccional peruano, soslayándose el artículo 11 de la Convención.
- 3.9. La restitución internacional indudablemente requiere de una terapia de revinculación parental a fin de no perjudicar al niño ni dejarle traumas.
- 3.10. Se ha interpretado erróneamente el interés superior del niño para aplicarlo a casos de sustracción internacional de menores. Dicho principio se materializa protegiendo al niño de los efectos negativos o perjudiciales que, como ya se ha explicado, le viene ocasionando la retención ilícita.



#### IV. PRINCIPIO TANTUM APELLATUM QUANTUM DEVOLUTUM:

Este Tribunal absolverá el grado respetando el principio tantum appellatum quantum devolutum, que garantiza que el órgano jurisdiccional, al absolver la impugnación, solo debe pronunciarse sobre aquellas pretensiones o agravios invocados por el impugnante en el recurso de apelación<sup>5</sup>; sin embargo, este principio encuentra una excepción<sup>6</sup> en las genéricas facultades<sup>7</sup> nulificantes del Tribunal<sup>8</sup>, pero sólo cuando esté en controversia o en disputa la aplicación de normas de orden público o que tengan relación con la protección de derechos fundamentales y respecto de las cuales se aprecien afectaciones que revistan una especial gravedad y flagrancia<sup>9</sup>.

#### V. CUESTIONES PREVIAS:

##### **El Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores.**

- 5.1. Con fecha 25 de octubre de 1980 se suscribió el Convenio sobre los aspectos civiles de la sustracción internacional de menores. El Perú se ha adherido al Convenio mediante Resolución Legislativa N° 27302 del 07 de julio del 2000 y se ratificó mediante Decreto Supremo N° 023-2000-RE del 01 de agosto del 2000. Se trata de un tratado multilateral que tiene dos finalidades: "garantizar la restitución

<sup>5</sup> STC N° 05901 - 2008 - PA/TC.

<sup>6</sup> Esta excepción se fundamenta en la potestad nulificante del juez y es recogida en la parte final del artículo 176° del Código Procesal Civil que prescribe: "Los Jueces sólo declararán de oficio las nulidades insubsanables, mediante resolución motivada, reponiendo el proceso al estado que corresponda".

<sup>7</sup> Esta potestad es entendida como aquella "facultad conferida a los jueces en forma excepcional para declarar la nulidad aun cuando no haya sido invocada, si se tiene en consideración que el acto viciado puede alterar sustancialmente los fines del proceso o ha alterado la decisión recaída en él (STC N° 6348-2008-PA/TC)".

<sup>8</sup> La doctrina uniformemente está de acuerdo que la nulidad procesal declarada de oficio presupone que el acto procesal viciado no sea posible de convalidación y que su procedencia solo se justifica en la protección de las garantías constitucionales del proceso, siendo una de las más importantes el respeto al debido proceso y la tutela jurisdiccional efectiva (STC N° 6348-2008- PA/TC)

<sup>9</sup> STC 3151 - 2006 - AA/TC.



inmediata de los menores trasladados o retenidos de manera ilícita en cualquier Estado contratante; y, velar porque los derechos de custodia y visita vigentes en uno de los Estados contratantes se respeten en los demás Estados contratantes". Proporciona un procedimiento para conseguir la restitución del menor al país de residencia habitual.

**5.2.** El Convenio no versa sobre competencia judicial ni sobre derecho aplicable o reconocimiento de decisiones extranjeras, pues solo es un Convenio que establece sistemas de cooperación de autoridades y una acción eficaz para el retorno inmediato del menor reclamado al país de su residencia habitual, esta es pues la verdadera naturaleza y objetivo de dicho instrumento internacional. Y es

que "busca asegurar la pronta restitución de menores que tengan residencia habitual en uno de los Estados Parte y hayan sido trasladados ilegalmente desde cualquier Estado a un Estado Parte o que habiendo sido trasladados legalmente hubieren sido retenidos ilegalmente"<sup>10</sup>.

**5.3.** Conforme al artículo 3 del Convenio, el traslado de un menor será ilícito cuando:

"a) Se haya producido con infracción de un derecho de custodia atribuido, separada o conjuntamente, a una persona, a una institución, o a cualquier otro organismo, con arreglo al Derecho vigente en el Estado en que el menor tenía su residencia habitual inmediatamente antes de su traslado o retención; y, b) Este derecho se ejercía de forma efectiva, separada o conjuntamente, en el momento del traslado o de la retención, o se habría ejercido de no haberse producido dicho traslado o retención". El derecho de custodia puede resultar de una atribución de pleno derecho, decisión judicial o administrativa, o acuerdo vigente según el derecho del Estado.

**5.4.** El derecho de custodia comprende el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia; mientras que, el derecho de visita comprende el derecho de llevar al menor, por un periodo de tiempo limitado, a otro lugar diferente a aquel en que tiene su

<sup>10</sup> Artículo 1 del Convenio.

residencia habitual<sup>11</sup>. La restitución de menores no puede ser confundida con un proceso de tenencia o custodia (aunque es una herramienta para su protección) por lo que no puede derivar en dilaciones innecesarias, dado que lo único que interesa es determinar si cabe o no restituir al menor al lugar donde tuvo su residencia habitual. Ésta es el lugar donde el menor permanecía antes del traslado ilícito<sup>12</sup>.

- 5.5. En el artículo 13 del Convenio, no obstante la retención ilícita del menor, se encuentra una regla excepcional, pues se establece que la autoridad judicial o administrativa del Estado requerido no está obligada a ordenar la restitución del menor si quien se opone demuestra que: "a) la persona, institución u organismo que se hubiera hecho cargo de la persona del menor no ejercía de modo efectivo el derecho de custodia en el momento en que fue trasladado o retenido o había consentido o posteriormente aceptaba el traslado o retención; o, b) existe un grave riesgo de que la restitución del menor lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquier otra manera ponga al menor en una situación intolerable". Dicho de otro modo, cuando el padre/madre que tenía el derecho de custodia no lo haya ejercido de modo efectivo al momento del traslado o retención ilegal, o que hubiera consentido o aceptado el traslado; y, cuando exista un grave peligro físico o psíquico para el menor si se ordenara la restitución<sup>13</sup>.
- 5.6. Finalmente, es valioso tener en cuenta que el Convenio establece como primer concepto subyacente que el traslado o la retención del niño son ilícitos cuando infringen derechos de custodia, que el traslado o retención ilícito son perjudiciales para su bienestar, y como segundo concepto subyacente que, las autoridades del Estado de residencia habitual están en mejores condiciones para

<sup>11</sup> Artículo 5 del Convenio.

<sup>12</sup> Voto del magistrado Calderón Puertas en la Casación N° 2001-2016 AREQUIPA, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de La República.

<sup>13</sup> Considerando NOVENO de la Casación N° 2001-2016 AREQUIPA, emitida por la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de La República.



decidir sobre la custodia y el derecho de visita del niño, una vez restituido<sup>14</sup>. Por ende, las excepciones contenidas en el artículo 13 del Convenio debe ser interpretadas y aplicadas restrictivamente a fin de evitar dos aspectos: Que el Convenio se convierta en papel mojado y que el proceso de restitución se convierta en uno de custodia, pues respecto a esto último, no debe intervenir en cuestiones que corresponde sean decididas en el Estado de residencia habitual.

#### **El principio de interés superior del niño, niña y adolescentes.**

- 5.7.** La Declaración Universal de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre del año 1959, estableció en su artículo 2 que: "El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y por otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño (...)", y el artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas con fecha 20 de noviembre de 1989, relató que: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".
- 5.8.** El artículo 4 de la Constitución Política del Perú del año 1993 establece que: "La comunidad y el Estado protegen especialmente al niño, al adolescente, a la madre y al anciano en situación de abandono" y el artículo IX del Título Preliminar del Código de los Niños y Adolescentes prescribe que: "En toda medida concerniente al niño y al adolescente que adopte el Estado a través de los a través de los Poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, del

<sup>14</sup> Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980, Guía de Buenas Prácticas Parte IV, páginas 21-22.



Ministerio Público, los Gobiernos Regionales, Gobiernos Locales y sus demás instituciones, así como en la acción de la sociedad, se considerará el Principio del Interés Superior del Niño y del Adolescente y el respeto a sus derechos". De hecho, el Tribunal Constitucional ha establecido en vasta jurisprudencia que el principio del interés superior del niño se caracteriza por irradiar sus efectos de manera transversal, considerando sus alcances cada vez que se adopten decisiones que tengan como destinatario al niño, niña o adolescente, deber éste que comprende a toda institución privada o pública; además, exige que de todos ellos una actuación garantista de acuerdo con cualquier decisión que involucre a un menor. [Sentencias emitidas en los expedientes N° 1817-2009-HC, N° 4058-2012-PA, N° 4430-2012-HC, N° 1821-2913-HC, N° 1665-2014, N° 4937-2014, entre otras]

- 5.9.** El Comité de los Derechos del Niño en la Observación General N° 14 del año 2013 ha señalado que el interés superior del niño puede concebirse de las siguientes formas: "a) Un derecho: el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que este derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño, a un grupo de niños concreto o genérico o a los niños en general (...) b) Un principio jurídico interpretativo fundamental: si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la interpretación que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño (...) c) Una norma de procedimiento: siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños concreto o a los niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño o los niños interesados (...)"
- 5.10.** Para el caso de autos, es de recojo de este Colegiado lo referido por el magistrado Calderón Puertas en su voto desarrollado en la Casación N° 2001- 2016-AREQUIPA: "Este Tribunal Supremo repara que los distintos órganos jurisdiccionales



apelan al 'interés superior del niño' para desacatar el mandato derivado del Convenio. Al hacerlo, expresan un cúmulo de generalidades o llenan de contenido al principio con expresiones cargadas de subjetividad y atendiendo a sus propias valoraciones sociales y culturales sin un valor objetivo de referencia. En casos como los aquí detallados, el 'interés superior del niño' tiene que relacionarse con los fines propios del Convenio y, es por ello, que debe entenderse que se protege dicho interés cuando se utiliza con celeridad un mecanismo de protección contra la multiplicación de las sustracciones internacionales de menores, en un contexto en que la verdadera víctima de ella es el menor, que es utilizado como propiedad de uno de los padres y que siente la incertidumbre de un nuevo entorno que tiene que asimilar."

**VI. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 13 LITERAL A) DEL CONVENIO DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES:**

- 6.1. En la sentencia apelada la juez de primera instancia concluyó que en el caso de autos se configura la excepción contenida en el artículo 13 literal a) del Convenio, refiriendo en síntesis que: La custodia la ejerce única y exclusivamente la madre hasta que el niño cumpla 07 años, ello de acuerdo a la sentencia N° 18-2015 que obra en autos.
- 6.2. El apelante discrepa con este razonamiento judicial porque: 1) El padre del niño sí ejerce el derecho de custodia del niño. A dicha conclusión se llega luego de realizar una correcta interpretación de los artículos 3 y 5 de la Convención: Residencia habitual del niño es su centro de vida; el traslado y retención ilícito del niño se produce si una persona lo traslada y retiene hacia y en otro país contraviniendo el derecho de custodia; el derecho de custodia se rige por el derecho extranjero que lo regula, siendo suficiente el régimen de visitas o incluso contacto de hecho; y, 2) El traslado y actual retención del niño por parte de la



demandada es ilícito; pues, el niño tiene residencia habitual en Barcelona - España.

6.3. Este Tribunal **estima** los agravios y fundamentos de la apelación antes referidos, por las siguientes razones:

6.3.1. Es necesario precisar la definición del término “**ejercicio efectivo del derecho de custodia**” implícito en la excepción inserta en la letra a) del artículo 13 de la Convención; y, del concepto jurídico de “custodia”, según los fines de la Convención, por tener incidencia directa en la solución del presente caso concreto.

6.3.2. El Convenio no incluye ninguna definición de lo que debe entenderse por “ejercicio efectivo de la custodia”, menos encontramos una definición del concepto jurídico de “custodia”, salvo el contenido mínimo que le impone al derecho el artículo 5 de la Convención, que dice: “A los efectos del presente Convenio: a) el “derecho de custodia” comprenderá el derecho relativo al cuidado de la persona del menor y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia”.

6.3.3. Respecto a la excepción inserta en la letra a) del artículo 13 de la Convención, este Tribunal coincide con la Dra. Eliza Pérez Vera, quien, en el Informe Explicativo, referente al Convenio de la Haya, expresa que:

“115. (...) esta disposición se refiere de forma expresa al cuidado de la persona del menor; así pues, si se compara el texto con el de la referida definición del derecho de custodia recogida en el artículo 5, se puede llegar a la conclusión de que existe custodia efectiva cuando su titular se encarga del cuidado de la persona del menor, incluso si no conviven, por razones plausibles en cada caso concreto (enfermedad, estancia de

estudios, etc.). En consecuencia, la determinación del carácter efectivo o no de la custodia de un menor debe decidirse por el Juez en cada supuesto<sup>15</sup>.

**6.3.4.** Y, respecto al contenido del concepto jurídico “custodia”<sup>16</sup>, este Tribunal considera que este concepto es muy amplio, en tanto comprende el ámbito propio del cuidado y atención del menor y el derecho de decidir sobre su lugar de residencia, por ende, el derecho de custodia, entendido como el derecho a cuidar de la persona del menor, según la expresión utilizada del artículo 5 del Convenio, existe siempre que al progenitor le corresponda un tiempo para tener al menor en su compañía, por mínimo que sea, e incluso cuando sólo le corresponde decidir sobre su lugar de residencia.

**6.3.5.** El ejercicio efectivo del derecho de custodia es un presupuesto del artículo 3 de la Convención, de manera que debe analizarse si el padre venía ejerciendo o no de forma efectiva el derecho de custodia, pues, este presupuesto requiere una acreditación mínima del solicitante (como presupuesto del artículo 3 de la Convención) y, si se niega, una prueba concluyente del oponente (como presupuesto del artículo 13.a de la Convención).

**6.3.6.** En el ítem 10 y 14 de la sentencia, el A quo declara que está probado que el padre no ejerce efectivamente el derecho de custodia del niño porque existe un acuerdo que la madre tiene la custodia exclusiva del niño hasta los 07 años de edad, sustentándose en la Sentencia N°

<sup>15</sup> Informe explicativo de Dña. Elisa Pérez-Vera. Recuperado de:  
[http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez\\_vera\\_elisa\\_informe\\_explicativo\\_del\\_convenio\\_de\\_la\\_haya\\_de\\_1980.pdf](http://www.menores.gob.ar/userfiles/perez_vera_elisa_informe_explicativo_del_convenio_de_la_haya_de_1980.pdf)

<sup>16</sup> De acuerdo a la Guía de Buenas Prácticas Parte VI del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980: “La noción ‘derechos de custodia’ utilizada en esta guía se debe entender en el sentido de la definición autónoma prevista en el artículo 5(a) del Convenio de 1980, e incluye ‘el derecho relativo al cuidado de la persona del niño y, en particular, el de decidir sobre su lugar de residencia’”.



18/2015, expedida por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer 4 Barcelona, Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, Barcelona, del 10 de abril del 2015, que falla estimando la demanda de guarda y custodia de mutuo acuerdo formulada por el Procurador de los Tribunales Ernesto Huguet Fornaguera, quien actuó en nombre y representación de A.M.N y S.K.G.G..

**6.3.7.** En efecto, en la Sentencia N° 18/2015 se aprueba, en todas sus partes, la propuesta de convenio regulador del 04 de febrero del 2015<sup>17</sup>, el cual contiene, esencialmente, la siguiente cláusula: "(...) Tercero. Los progenitores mantienen la PATRIA DE POTESTAD y LAS RESPONSABILIDADES PARENTALES COMPARTIDAS SOBRE SU HIJO, Y.A.M.G., que se ejercerán de acuerdo con lo previsto en el Plan de Parentalidad que se adjunta como anexo a este convenio. La custodia y guarda del menor la ejercerá doña S.K.G.G. hasta los siete años de edad. Correspondiéndole al otro progenitor un régimen de vistas amplio". Y, respecto al Plan de Parentalidad, en la letra B se regula un régimen de visitas del hijo a favor del padre, el cual incluye periodos vacacionales; siendo trascendental para el caso, precisar que en el ítem f) se establece: "cada progenitor deberá comunicar al otro, CON UN PREAVISO MÍNIMO DE 30 DÍAS, SU INTENCIÓN DE CAMBIAR DE DOMICILIO".

**6.3.8.** Ante la solicitud de la Sra. S.K.G.G. de la suspensión del régimen de visitas de A.M.N con el hijo menor de edad de ambos, con fecha 28 de septiembre del 2015<sup>18</sup>, el Juzgado de Violencia sobre la Mujer 4 Barcelona Gran Vía de les Corts Catalanes, 111, convocó para el 15 de octubre del 2015, la

<sup>17</sup> Folios 42-43.

<sup>18</sup> Folios 143-144.



comparecencia, en donde se acordó la suspensión del régimen de visitas estancias y comunicaciones con A.M.N acordada en sentencia del 10 de abril del 2015; sin embargo, con fecha 08 de febrero del 2016, se acordó el alzamiento de la suspensión decretada por auto previo del 19 de octubre del 2015 en relación con el régimen de visitas establecido en sentencia del 10 de abril del 2015, tal como se puede constatar del auto de fecha 14 de marzo del 2016 expedido por el Juzgado de Violencia sobre la Mujer 4 de Barcelona en donde se desestima el recurso de reposición interpuesto por S.K.G.G. contra el auto de febrero del 2016 por el que se acordó el alzamiento de la suspensión decretada por auto previo del 19 de octubre del 2015.<sup>19</sup>

**6.3.9.** A partir de estos datos objetivos, se infiere que está mínimamente acreditado que el ciudadano español A.M.N, si ejerció en forma efectiva el derecho de custodia del niño porque:

- a) El derecho de custodia comprende el derecho a cuidar del menor, según la expresión utilizada en el artículo 5 del Convenio, el cual existe siempre que al progenitor le corresponda un tiempo para tener al menor en su compañía, por mínimo que sea, e inclusive cuando sólo le corresponde decidir sobre su lugar de residencia. El contenido mínimo del derecho de custodia en el Convenio, el derecho a decidir el lugar de residencia del menor, se corresponde, en principio, con el contenido mínimo de la patria de potestad en el ordenamiento jurídico español, tal como lo precisa el Ministerio de Justicia de España, en el

---

<sup>19</sup> Folios 141-142.



ítem III de la solicitud de devolución que a la letra dice: "Interpretación correcta del concepto de "custodia". Por ende, a lo que se refiere el convenio de la haya es a la "patria de potestad" y no a la "custodia". En el ordenamiento jurídico español, la decisión sobre la residencia del menor es una de las facultades asociadas al ejercicio de la patria de potestad. Por tanto, aunque un progenitor tenga derecho de custodia y otro sólo derecho de visita, ambos tienen el derecho y el deber de decidir sobre el lugar de residencia.

- b) Está probado que, en el convenio regulador del 04 de febrero del 2015, aprobado por Sentencia N° 18/2015 del 10 de abril del 2015, los progenitores mantienen la patria de potestad y las responsabilidades parentales compartidas sobre su hijo, que se ejercerán de acuerdo con lo previsto en el Plan de Parentalidad. Y, en el citado Plan, se establece un régimen de visitas del hijo a favor del padre e inclusive se establece que cada progenitor deberá comunicar al otro, con un preaviso mínimo de 30 días, de su intención de cambiar de domicilio.
- c) En este sentido, las razones del A quo explicitada en el ítem 10 y 14 son incorrectas por cuanto sólo se transcribe literalmente un solo contenido del Plan de Parentalidad, sin analizar en su contexto el contenido del derecho a la custodia coherente con los fines de la Convención.

6.4. **Por tanto**, es criterio del Tribunal declarar que los hechos probados en el presente caso no se subsumen en la excepción del artículo 13 a) del Convenio,

de tal manera que la juez de primera instancia ha incurrido en error de hecho y de derecho, pues no realizó correctas inferencias probatorias y ello llevó a que realice también un incorrecto juicio de subsunción entre el supuesto de hecho abstracto y el concreto.

**VII. APLICACION E INTERPRETACION DEL ARTÍCULO 13 LITERAL B) DEL CONVENIO DE 25 DE OCTUBRE DE 1980 SOBRE LOS ASPECTOS CIVILES DE LA SUSTRACCIÓN INTERNACIONAL DE MENORES:**

7.1. La juez de primera instancia concluyó que en el caso de autos se configura la excepción contenida en el artículo 13 literal b) del Convenio, refiriendo en síntesis que: El retorno al país de España del niño, implicaría exponerlo a un grave peligro de su integridad física y psicológica ya que tiene apego a su madre, se le expondría a revivir situaciones conflictivas de sus padres y a la fecha se ha adaptado al contexto familiar, social y cultural de la ciudad, resultando más favorable proteger el derecho que tiene el niño de vivir en un ambiente sano y equilibrado, en el cual pueda desarrollar de manera sostenida sus habilidades y capacidades.

7.2. El apelante cuestiona dicho razonamiento, expresando en síntesis que: La restitución del niño no es al hogar paterno sino al lugar donde tiene su centro de vida. No existe alto riesgo de peligro, pues la probable ausencia de la demandada en España no es una situación que vaya a afectar o desestabilizar al niño, pues ello puede ser superado con ayuda psicológica en dicho país; por ende, sólo nos encontramos ante un temor lógico a una situación nueva para el niño. Cuando la juez analiza el "apego" del niño con su madre, en realidad está "evaluando" un tema concerniente a la custodia, tal cual si fuera un proceso de tenencia. Carece

de sentido afirmar que la supuesta violencia ejercida por el suscrito contra la demandada, represente o constituya un riesgo para el niño. La tardanza en la resolución del caso es únicamente imputable al órgano jurisdiccional peruano, soslayándose el artículo 11 de la Convención. La restitución internacional indudablemente requiere de una terapia de revinculación parental a fin de no perjudicar al niño ni dejarle traumas. Se ha interpretado erróneamente el interés superior del niño para aplicarlo a casos de sustracción internacional de menores. Dicho principio se materializa protegiendo al niño de los efectos negativos o perjudiciales que, como ya se ha explicado, le viene ocasionando la retención ilícita.

**7.3.** Este Colegiado estima los agravios y fundamentos de la apelación por las siguientes razones:

**7.3.1.** Respecto al grave riesgo al que hace alusión el artículo 13 (b) del Convenio, éste se refiere al grave riesgo de que la restitución del niño lo exponga a un peligro grave físico o psíquico o que de cualquiera otra manera ponga al niño en una situación intolerable<sup>20</sup>.

**7.3.2.** Es un hecho no sujeto a controversia (*pacífico, probado y consentido*) que el niño Y.A.M.G. tuvo como residencia habitual la ciudad de Barcelona en España.

**7.3.3.** De las fotografías presentadas por el demandante, se aprecia al niño feliz en su residencia habitual<sup>21</sup> y feliz con su padre<sup>22</sup>. Ello se condice con lo

<sup>20</sup> Guía de Buenas Prácticas Parte IV del Convenio sobre Sustracción de Niños de 1980, página 10.

<sup>21</sup> Folios 64.

<sup>22</sup> Folios 65-66.

declarado en audiencia especial por el demandante, cuando se le consultó ¿Cómo fue su relación con Yago? y respondió que era muy buena, que iba por la mañana a la guardería, su mamá trabajaba por las tardes y él se ocupaba del niño; así como, lo manifestado en audiencia única por el niño cuando dijo que quiere mucho a su papá y que recuerda cuando jugaban fútbol<sup>23</sup>.

**7.3.4.** La tesis fáctica de la demandada respecto a la aplicación de la excepción regulada en el literal b) del artículo 13 del Convenio estriba en dos supuestos: i) El demandante fue condenado por violencia respecto de ella y también es principal sospechoso de agresión sexual en agravio del niño; y, ii) Debe aplicarse el principio de interés superior del niño, pues el niño actualmente vive en Trujillo, donde se está desarrollando de forma adecuada. El segundo supuesto, aunque con argumentos distintos, ha sido adoptado por la Ad quo.

**7.3.5.** Respecto a que el demandante sería principal sospechoso de agresión sexual en agravio del niño, cabe precisar que dicho supuesto no se encuentra acreditado en autos, es más, al evaluarse psicológicamente<sup>24</sup> al niño, éste no dio ningún dato relacionado con alguna agresión sexual; por lo que, se descarta dicha tesis de la demandada.

**7.3.6.** Ahora, en cuanto a que el menor vive en Trujillo, tiene apego a su madre y alejarlo de ella vulneraría sus derechos, ello tampoco está acreditado a criterio de este Colegiado. Nos explicamos:

<sup>23</sup> Folios 319.

<sup>24</sup> Folios 344 y 849 vuelta.





- a) Obra constancia de estudios<sup>25</sup> y fotografías<sup>26</sup> del niño en Trujillo, donde se le ve feliz en parques, piscina y junto a sus compañeros de escuela y familiares; todo lo cual, acredita que el niño, tras haber sido separado unilateralmente por su madre de su residencia habitual y de su padre, ha continuado su vida, asentándose en su domicilio actual, como es natural.
- b) Si bien en el informe social del 26 de julio del 2018<sup>27</sup> y en audiencia especial, la demandada refirió que el padre del niño no lo llama, habiéndose comunicado solo en algunas fechas, incluso habiendo sido invitado a la fiesta de promoción de su hijo y no habiendo asistido; sin embargo, ello no está acreditado fehacientemente, y se reitera que en el presente proceso no se está decidiendo que padre es mejor o cuál de ellos debe tener la tenencia del niño, sino únicamente si es que procede la restitución internacional debido al traslado ilegal del niño de su residencia habitual.
- c) En audiencia única el niño Y.A.M.G. refirió que quiere mucho a su papá y a su mamá y que quisiera que su padre venga a verlo, que lo visite, incluso recordó cuando jugaba con su papá fútbol<sup>28</sup>; y, en el informe social del 20 de julio del 2023 se aprecia que se concluyó: "el menor se muestra sonriente, dijo querer a su mamá y su papá"<sup>29</sup>; todo lo cual informa a este Colegiado que el regreso a España del niño no

<sup>25</sup> Folios 251-253.

<sup>26</sup> Folios 254-260.

<sup>27</sup> Folios 312-315.

<sup>28</sup> Folios 319.



representa un peligro de grave afectación física o psíquica, en tanto quiere a su padre y también quiere verlo.

- d) En informe psicológico del niño presentado el 11 de marzo del 2019, éste refirió que: "cuando era pequeñito he vivido con mi papá, mamá y yo (...) ya no vivo con mi papá porque está en España (...) está trabajando y luego viene en un avión (...)" y en el informe psicológico del 21 de julio del 2023 el niño refirió: "Mi papá, mi mamá me dijo que se portaba mal, cuando ella estaba embarazada, en vez de dormir en la cama, ella dormía en el mueble (...) Yo si quisiera ver a mi papá (...)", concluyéndose que: "Muestra afecto hacia ambos progenitores (...) No muestra rechazo hacia la figura paterna."; todo lo cual informa a este Tribunal que el niño sí quiere a su padre, habiendo pensado incluso que se quedó en España por trabajo; y, si bien la imagen del padre puede haber cambiado con el tiempo, ello se ha debido a la duración del proceso y tal como lo manifiesta el niño: a los dichos de su madre respecto de su padre; siendo que, de todas maneras, no se aprecia rechazo del niño hacia el demandante ni algún miedo que pueda generar grave peligro de afectación física o psicológica.
- e) Si bien en audiencia especial<sup>30</sup> el niño dijo que su padre lo llamó una sola vez por su cumpleaños, habiendo tenido que llamarlo él por el día del padre, y que sólo quisiera ir a España de visita o para conocer (ósea, no para vivir con su padre); así como, en informe psicológico<sup>31</sup> del 2023 se aprecia que el niño tiene mayor apego hacia la figura

<sup>30</sup> Folios 860-864.

<sup>31</sup> Folios 850.

materna, lo que se repite en el informe social<sup>32</sup>; sin embargo, ello sólo denota un debilitamiento (no rompimiento) de la relación padre-hijo debido a la distancia y duración excesiva del presente proceso que es aguda, producto del actuar ilícito unilateral de la madre, más no, denota que exista un grave riesgo de afectación física o psíquica para el niño en caso se ordene la restitución internacional.

- f) Si bien el niño se encuentra residiendo en el Perú, habiendo seguramente logrado adaptarse con facilidad desde su llegada, sin embargo, este Colegiado no considera que producto de la demora en la tramitación del presente proceso, sea posible concluir que el niño se ha adaptado por completo a su nuevo domicilio y que por ende su alejamiento le generaría un grave riesgo de afectación física o psíquica, tampoco que al regresar a su residencia habitual esté el grave peligro de afectación física o psíquica, producto del alejamiento de su domicilio actual o de estar en contacto con su padre; además, tampoco puede ampararse que una situación ilegal se convierta en legal por el mero transcurso del tiempo, en tanto se ha contravenido el Convenio.
- g) Es cierto que luego del tiempo de permanencia en el país, hay una correspondencia afectiva del niño hacia el lugar donde se encuentra y las personas que lo rodean, pero no es menos cierto, por máximas de la experiencia, que dada la edad del niño (09 años), su proceso de reincorporación a su residencia habitual será mucho más rápida y las posibles afectaciones naturales y temporales (no graves) que sufra

<sup>32</sup> Folios 854.



podrán ser sanadas en breve tiempo sin mayor secuela; sin duda, la existencia del presente proceso y la restitución es de por sí un hecho dramático, más no cabe perder de vista que tal acto ha sido originado por la decisión unilateral e ilícita de la madre, quien rompió la residencia habitual y no tuvo en cuenta la voluntad del padre.

- h) No debemos perder de vista que la restitución de menores no puede ser confundida con un proceso de tenencia o custodia, y ello a su vez no significa dejar en desamparo al niño, pues la decisión sobre ello (tenencia, custodia, etc.), deberá ser dilucidada y solucionada en el país de origen, teniendo en cuenta además que a la fecha el convenio que tuvieron los padres respecto a la tenencia y régimen de visitas probablemente pueda haberse extinguido en parte y pueda requerir de modificaciones, pues el niño ya tiene más de 07 años a la fecha.
- i) Finalmente, en cuanto a la sentencia N° 296-2015 del 12 de junio del 2015 que condenó al demandante como responsable criminal en concepto de autor del delito de maltrato de obra a la pena de nueve meses de prisión y la prohibición de acercarse a la demandada, este Colegiado valora dicha sentencia y verifica que sólo alude a cuestiones personales entre el demandante y la demandada, más no, acredita que haya estado inmiscuido el niño, por lo que, tal medio probatorio no sirve para probar el supuesto peligro grave físico o psíquico del niño.

7.3.7. En tal sentido, no está acreditado que el retorno del niño a su residencia habitual pueda ponerlo en riesgo de grave afectación física o psicológica, pues:

- a) El niño y su padre tenían una buena relación en España, misma que se aprecia de fotografías y las primeras entrevistas con el niño, y si bien la misma puede haberse debilitado a la fecha por el transcurso del tiempo y la distancia, lo cierto es que no existe rechazo del niño hacia su padre, pues éste sí quiere verlo, lo que a su vez permite inferir que no existe grave riesgo alguno.
- b) Es natural que el niño haya generado afecto hacia su domicilio actual y las personas que lo rodean, sin embargo, por la edad que tiene su proceso de reincorporación será rápido.
- c) El actuar ilícito de la demandada y el tiempo que ha durado el proceso no pueden servir como aliados para que se legalice el actuar antes mencionado, siendo que, se precisa que aquí no se está decidiendo sobre la tenencia o custodia del niño, sino únicamente sobre su restitución producto del actuar ilícito de la madre que lo alejó de su residencia habitual.
- d) El principio de interés superior del niño debe ser aplicado en este caso concreto maximizando la aplicación del Convenio, además, Colegiado no aprecia circunstancias apremiantes que puedan poner en grave riesgo de afectación física o psíquica al niño producto de la restitución.



- e) La sentencia N° 296-2015 no se dictó en agravio del niño, sólo evidencia cuestiones personales entre los padres del niño que no lo afectan directamente, lo que sí lo afecta es la información que le da ella de su padre, cuando le menciona que su papá no dormía con ella.

**Obiter dicta.**

- 7.4. En ese sentido, este Colegiado, respetuoso de la corte de vértice y el principio de jerarquía, ha cumplido con lo dispuesto por la Corte Suprema de Justicia de la República - Sala Civil Permanente, en la Casación N° 2462-2021 LA LIBERTAD, en cuanto refirió que no se había considerado en la sentencia de vista primigenia que el menor reside con su madre varios años y se encuentra habituado a la convivencia con ella y su familia materna, que existe apego hacia ésta<sup>33</sup>; así como, ha procedido también a actuar pruebas en esta instancia como informe psicológico y social, así como, la referencia del niño y declaraciones de los padres.
- 7.5. Y, si bien la Corte Suprema también refirió en la sentencia casatoria aludida que el hecho que el niño viva varios años en Perú podría afectarle su estabilidad emocional y viviría un ambiente de conflicto entre ambos padres, debiendo desarrollarse en un ambiente sano, libre de conflictos y es en el Perú donde se ha adaptado al contexto familiar y social; como también que podría exponerse a un peligro al menor si se materializa la restitución, ya que ésta implicaría el alejamiento de su lugar habitual en donde ha realizado nueva vida familiar y amical, presentando un adecuado desarrollo; sin embargo:

<sup>33</sup> Folios 823 y siguientes.

- 7.5.1. Dicha tesis de la Corte Suprema no es de recojo por este Colegiado, en mérito a los amplios argumentos esgrimidos a lo largo de la presente sentencia de vista, además, no debe perderse de vista que el Tribunal Casatorio es una corte de derecho y no de hechos, y que la función de la casación es nomofiláctica.
- 7.5.2. Este Colegiado dicta la presente decisión en virtud del principio de independencia judicial, regulado en el artículo 4 del Código de Ética del Poder Judicial, artículos 1 al 8 del Código Iberoamericano de Ética Judicial y valor 1 de los principios de Bangalore.

**Conclusión.**

- 7.6. Así las cosas, habiéndose estimado los agravios y fundamentos de la apelación, corresponde **revocar** la sentencia apelada que declaró infundada la demanda sobre restitución internacional, fundada en parte la demanda sobre régimen de visitas internacional, fijó régimen de visitas a favor del demandante, declaró infundada la pretensión subordinada de régimen de visitas internacional, ordenó orientación psicológica a los padres, entre otros aspectos más; y, **reformándola**:
- 7.6.1. Declaramos **fundada** la demanda, en consecuencia: **disponemos** la restitución del niño Y.A.M.G. a Barcelona-España, a donde viajará en compañía de su madre. En caso que la madre del niño estuviese imposibilitada física o jurídicamente de salir del territorio peruano o manifieste su voluntad expresa o tácitamente de no acompañar a su hijo a Barcelona-España, entonces, la restitución del niño Y.A.M.G. a su residencia habitual será en compañía de su padre, el demandante.

7.6.2. Asimismo, se **ordena** que la restitución dispuesta sea ejecutada sin que sea necesario el pago de suma alguna por concepto de retención indebida, demora en el retorno u otros similares, que pudieren cobrar los Estados partes, debiendo la autoridad central del Perú, cumplir con brindar las facilidades del caso para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente sentencia, debiendo tomarse razón y hacerse conocer a las autoridades centrales encargadas de la aplicación de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles sobre Restitución internacional de menores de la República del Perú y España y al representante del Ministerio Público; debiendo dejarse sin efecto, además, las órdenes de impedimento de salida de país del referido niño, en caso se haya dictado, una vez que quede consentida o ejecutoriada la presente resolución.

7.6.3. Finalmente, se precisa que al haberse amparado en esta instancia la pretensión principal de la demanda, corresponde **dejar sin efecto** el extremo de la sentencia apelada que se pronunció sobre la pretensión subordinada, ello conforme al artículo 87 del Código Procesal Civil.

#### VIII. DECISIÓN:

**Por estos fundamentos**, los Jueces Superiores de la Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de la Libertad, **DECIDEN**:

8.1. **REVOCAR** la **SENTENCIA** contenida en la Resolución Judicial número DOCE, de fecha cuatro de noviembre del año dos mil diecinueve, obrante de fojas quinientos treinta y nueve a quinientos sesenta y uno, que resolvió: "1.- Declarando INFUNDADA la demanda de folios doscientos veinte a doscientos treinta y nueve interpuesta por





CORTE SUPERIOR DE  
JUSTICIA  
DE LA LIBERTAD

PRIMERA SALA CIVIL

CASO: 02666-2018-0-1601-JR-FC-02

PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en su calidad de autoridad central Peruana a través de sus abogados Cecilia Rita Alva Ruiz y Oscar Andrés Alva Arias en representación de A.M.N en contra de S.K.G.G., sobre Restitución Internacional al Reino de España del niño Y.A.M.G.; 2.- FUNDADA EN parte la demanda de folios doscientos veinte a doscientos treinta y nueve interpuesta por el Ministerio de la Mujer y Poblaciones Vulnerables en su calidad de autoridad central Peruana a través de sus abogados Cecilia Rita Alva Ruiz y Oscar Andrés Alva Arias en representación de A.M.N en contra de S.K.G.G., sobre la pretensión objetiva subordinada de Régimen de visitas Internacional a favor del niño Y.A.M.G en consecuencia: FIJO un REGIMEN DE VISITAS a favor de don A.M.N para que visite a su hijo Y.A.M.G. de manera libre y amplia en esta ciudad de Trujillo-Perú, en las oportunidades que el padre del niño ingrese al país, el cual se efectivizará con externamiento para lo cual debe comunicar con antelación las oportunidades que ingresará al país para efectivizar el régimen de visitas siempre y cuando no se afecte el horario de estudios del niño y las actividades programadas con antelación; así mismo para efectos de mantener la comunicación y el vínculo paterno filial durante la ausencia del padre se comunicará con su hijo por whatsapp para lo cual la madre del niño brindará las facilidades del equipo así como coordinarán los horarios y el período de tiempo en que el padre se comunicará con su hijo atendiendo a sus actividades escolares y la diferencia de horario entre el País de España y el de Perú; 3.- INFUNDADA la pretensión objetiva subordinada de Régimen de visitas Internacional contenida en la demanda de folios doscientos veinte a doscientos treinta y nueve en el extremo que solicita que el niño Y.A.M.G sea llevado al Reino de España por un periodo de treinta días que se realizará durante las vacaciones escolares de verano del niño; 4.- En mérito a las recomendaciones formuladas, por la psicóloga Rosa Castro Contreras, ORDENO la orientación psicológica a ambos padres esto es a don A.M.N y a doña S.K.G.G. a fin de que garanticen el adecuado proceso de desarrollo y madurez de su hijo; en caso del padre del niño, debe acreditar antes de la efectivización del régimen de visitas en esta ciudad, que ha cumplido con el mandato judicial; en caso de la demandada se le concede EL PLAZO DE DIEZ días para que inicie su tratamiento apersonándose ante la psicóloga antes referida, bajo apercibimiento de imponérsele una multa del cincuenta por ciento la unidad de referencia procesal.- 5.- Debiendo TOMARSE razón y hacerse conocer a las autoridades centrales encargadas de la aplicación de la

Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles sobre Restitución internacional de menores de la República del Perú y Reino de España y a la representante del Ministerio Público (...).".

8.2. Y, **REFORMÁNDOLA: DECLARAMOS FUNDADA** la demanda interpuesta por el **MINISTERIO DE LA MUJER Y POBLACIONES VULNERABLES** en representación de A.M.N (ciudadano español) contra S.K.G.G., sobre restitución internacional de menor; en consecuencia:

8.2.1. **DISPONEMOS** la restitución del niño Y.A.M.G. a Barcelona-España, a donde viajará en compañía de su madre. En caso que la madre del niño estuviese imposibilitada física o jurídicamente de salir del territorio peruano o manifieste su voluntad expresa o tácitamente de no acompañar a su hijo a Barcelona-España, entonces, la restitución del niño Y.A.M.G. a su residencia habitual será en compañía de su padre, el demandante.

8.2.2. **ORDENAMOS** que la restitución dispuesta sea ejecutada sin que sea necesario el pago de suma alguna por concepto de retención indebida, demora en el retorno u otros similares, que pudieren cobrar los Estados partes, debiendo la autoridad central del Perú, cumplir con brindar las facilidades del caso para el cumplimiento de lo dispuesto en la presente sentencia, debiendo tomarse razón y hacerse conocer a las autoridades centrales encargadas de la aplicación de la Convención de la Haya sobre Aspectos Civiles sobre Restitución internacional de menores de la República del Perú y España y al representante del Ministerio Público; debiendo dejarse sin efecto, además, las órdenes de impedimento de salida de país del referido niño, en caso se haya dictado, una vez que quede consentida o ejecutoriada la presente resolución.



CORTE SUPERIOR DE  
JUSTICIA  
DE LA LIBERTAD

PRIMERA SALA CIVIL

CASO: 02666-2018-0-1601-JR-FC-02

PODER JUDICIAL  
DEL PERÚ

8.2.3. DEJAMOS SIN EFECTO el extremo de la sentencia apelada que se pronunció sobre la pretensión subordinada.

8.3. **NOTIFÍQUESE** a las partes. **PONENTE** Señor Juez Superior Titular Doctor Juan Virgilio Chunga Bernal.

S. S.

CRUZ LEZCANO, C.

**CHUNGA BERNAL. J.**

PEREZ CEDAMANOS, F.